

CyLaw-Report XXIII: „GPS 2“

ISSN 1867-1969



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

Urteil des OLG Koblenz vom 30.05.2007 – 1 U 1235/06 Beschluss des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts vom 21.03.2007 – 3 Bs 396/05 (Januar 2009)

Die CyLaw-Reports I-XIX wurden im Rahmen eines vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projekts ([SICARI](#) (2003 – 2007)) erstellt. Mit CyLaw-Report XX folgende wird dieses Online-Legal-Casebook vom Fachgebiet Öffentliches Recht an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) fortgeführt. Die CyLaw-Reports sind keine „Living Documents“, die ständig aktualisiert werden. Zitierungen können deswegen veraltet sein. Die Rechtfertigung für diese klassische Perspektive ist, dass den in den CyLaw-Reports präsentierten Entscheidungen der Gerichte nur die jeweils geltende Rechtslage zu Grunde gelegt werden konnte. Der Aufgabe der Aktualisierung stellt sich der Lehrstuhl in der integrierten Veranstaltung „[Recht der Informationsgesellschaft](#)“. Hier wird das Methodenwissen von Studierenden der Technikwissenschaft so gefördert, dass sie in Übungen an der notwendigen Aktualisierung selbst mitwirken können.

Der vorliegende CyLaw-Report gibt die Entwicklung der Rechtsprechung bei Fragen der GPS-Überwachung in Anknüpfung an den [CyLaw-Report II „GPS 1“](#) wieder. In einem zivilrechtlichen Verfahren (Teil 1) will ein Kläger Auskunft von einer Detektei, wer sie mit seiner Überwachung (unter anderem mit einem an seinem Auto befestigten GPS-Sender) beauftragt hat. In einem verwaltungsrechtlichen Verfahren (Teil 2) ist strittig, ob eine Ausländerbehörde eine Detektei beauftragen darf, die mit einem Bündel von Überwachungsmaßnahmen (unter anderem geheime Videoüberwachung und GPS-Ortung) den Nachweis zu führen sucht, dass eine Scheinehe vorliegt. Strittig ist in diesem Verfahren, ob aus einem Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot folgt. Beiden Verfahren ist gemeinsam, dass erst die Gerichte in zweiter Instanz den Interessen der Kläger auf informationelle Selbstbestimmung entscheidend Rechnung trugen.

Gliederung:

Teil 1: Unterlassungs- und Auskunftsanspruch gegen Detektei bei GPS-Ortung und GPS-Überwachung 5

A.	Sachverhalt.....	5
B.	Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)).....	5
I.	Beeinträchtigtes Rechtsgut.....	6
1.	Eigentums- und Besitzbeeinträchtigung (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 862 Abs. 1 S. 2 i.V.m 1004 Abs. 1 S. 2 BGB).....	6
2.	Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog).....	6
II.	Rechtswidrigkeit.....	9
III.	Wiederholungsgefahr.....	10
C.	Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB).....	11
I.	Kein allgemeiner Auskunftsanspruch.....	11
II.	Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB).....	12
1.	Auskunftsanspruch gegen D.....	12
2.	Anspruch gegen den Auftraggeber von D (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB).....	13
a)	Auffassung der ersten Instanz (LG).....	13
b)	Auffassung der zweiten Instanz (OLG).....	14
aa)	Wissen des Auftraggebers von der GPS-Überwachung (Mittäterschaft).....	14
bb)	Beeinträchtigung des Eigentums, Besitzes und Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.....	15
cc)	Rechtswidrigkeit des Überwachungsauftrags des Auftraggebers.....	15
dd)	Wiederholungsgefahr.....	16
3.	Angewiesenheit des K auf Auskunft der D zur Geltendmachung seines Unterlassungsanspruchs gegen Auftraggeber.....	16
D.	Zusammenfassung.....	16

Teil 2: Detektei als Verwaltungshelfer einer Ausländerbehörde..... 17

A.	Sachverhalt.....	17
B.	Recht und Eingriff	19
C.	Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG))	19
D.	Rechtfertigung als Erhebung personenbezogener Daten (§ 86 Aufenthaltsgesetz (AufenthG))	21
E.	Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG))	22
F.	Rechtfertigung durch Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG).....	24
G.	Entbehrlichkeit der Ermächtigungsgrundlage wegen Beauftragung einer privaten Detektei.....	25
I.	Private als Verwaltungshelfer und behördliche Letztentscheidungsverantwortung..	25
II.	Notwendigkeit der Ermächtigungsgrundlage bei Beauftragung Privater	26
III.	Zusammenfassung	26
H.	Unmittelbares Beweisverwertungsverbot?	26
I.	VG: Abwägungsentscheidung.....	27
II.	OVG: Unmittelbares Beweisverwertungsverbot.....	28
1.	Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (Hamburger Datenschutzgesetz).....	29
a)	Beweisverwertung als „Verarbeitung“	29
b)	Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten	29
2.	Unmittelbares Verwertungsverbot aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts	30
a)	Rechtsgrundlagen des unmittelbaren Verwertungsverbots	31
aa)	Verwertungsverbot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)	31
bb)	Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch	31

cc) Zusammenfassung	32
b) Voraussetzungen des unmittelbaren Verwertungsverbots.....	32
c) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (1): Gefahr für hochwertige Rechtsgüter..	33
d) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (2): „gleichsam notwehrähnlicher Lage“...	34
III. OVG: Verbot mittelbarer Beweisverwertung (absolutes Beweisverwertungsverbot)?	35
1. Mittelbare Beweisverwertung oder absolutes Beweisverwertungsverbot - Optionen	35
2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht	36
Teil 3: Schlussfolgerungen:	37
Teil 4: Ausblick.....	38

Teil 1: Unterlassungs- und Auskunftsanspruch gegen Detektei bei GPS-Ortung und GPS-Überwachung

A. Sachverhalt

Der Kläger (K) ¹ – ein Schmuckhändler - hatte eine Beschädigung des rechten vorderen Radkastens seines Fahrzeugs bemerkt. Nach einer Untersuchung in einer Werkstatt stellte sich heraus, dass in dem Radkasten ein GPS-Ortungsgerät installiert war. K ist unbekannt, warum er beschattet wurde und wer den Auftrag hierzu erteilt hatte. Allerdings kann er die Detektei, die das Ortungs- und Überwachungsgerät installiert hat, ermitteln. Er begehrt die beklagte Detektei (D) zu verurteilen

- es künftig zu unterlassen, GPS-Ortungsgeräte an seinem Fahrzeug anzubringen und
- ihm ihren Auftraggeber zu benennen.

B. Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB))

§ 823 BGB – Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das **Eigentum** oder ein **sonstiges Recht** eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 862 BGB – Anspruch wegen Besitzstörung

(1) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. [...]

§ 1004 BGB – Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

FÖR-Hintergrund: Die begründete Unterlassungsklage² hat folgende Voraussetzungen:

- einen Eingriff in ein durch §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut,
- der rechtswidrig ist (Fehlen von Rechtfertigungsgründen) und
- unmittelbar bevorsteht (drohende Gefahr als Wiederholungsgefahr)³.

¹ dargestellt in Anlehnung an Oberlandesgericht (OLG) Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Vorinstanz: Landgericht (LG) Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05.

² Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, Vorbem. § 253 Rn. 3.

³ BGH NJW 2005, 594 (595) – wonach sich das Erfordernis der Wiederholungsgefahr „aus der Rechtsnatur des Unterlassungsanspruchs“ ergebe.

I. Beeinträchtigttes Rechtsgut

1. Eigentums- und Besitzbeeinträchtigung (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 862 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

Das LG hat auf die Beschädigung des Fahrzeugs des K abgestellt und daher das Recht auf Eigentum als Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB herangezogen. Weiterhin wurde K für die Zeit der Überprüfung des Wagens in der Werkstatt der Besitz entzogen (§ 862 Abs. 1 S. 1, 2 BGB).

LG Bad Kreuznach:

„Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung hinsichtlich des Anbringens von Ortungsgeräten an seinen Fahrzeugen **gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB**. Mit dem Anbringen des Ortungsgerätes am Fahrzeug des Klägers hat die Beklagte dessen Eigentum an dem Mercedes verletzt. Ihre Handlung führte dazu, dass der Kläger adäquat kausal eine Werkstatt aufsuchte und für die Dauer bis zur Beseitigung des als solchen erkannten Ortungsgerätes von der Möglichkeit der Nutzung seines Pkws (Entzug des Besitzes, Anmerkung der Verfasserin) ausgeschlossen war.“⁴

2. Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog)

LG Bad Kreuznach:

„Der Kläger macht einen Unterlassungsanspruch dahingehend geltend, dass die Beklagte keine Ortungsgeräte an seinem Fahrzeug anbringen dürfe. Er ist der Auffassung, dies ergebe sich aus seinem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** sowie aus den §§ 823, 862, 1004 BGB.“⁵

Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG):

Art. 2 GG [Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person]

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. [...]

Art. 1 GG [Schutz der Menschenwürde]

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. [...]

Art. 2 Abs. 1 GG schützt in grammatischer Auslegung die aktive, freie Entfaltung der Persönlichkeit. In Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hat die Rechtsprechung auch die passive Verwirklichung der Persönlichkeit – das allgemeine Persönlichkeitsrecht – geschützt (Vgl. CyLaw-Report XXI S.20 f). Der K beruft sich auf eine Verletzung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts als Konkretisierung des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ (Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind als „sonstiges Recht“ (also den anderen benannten,

⁴ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 4 f.

⁵ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 3.

absoluten Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB wie z.B. dem Leben) anerkannt.⁶ Durch den zivilrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern auch im Verhältnis von Bürgern untereinander geschützt.⁷ Der vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Bereich wird durch die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entwickelte sog. Sphärentheorie differenziert.⁸ Die Einteilung der verschiedenen Sphären des Persönlichkeitsrechts soll auch im Zivilrecht gelten.⁹

FEX: Schutzsphären des Persönlichkeitsrechts:

- (1) Individualsphäre** (auch Sozialsphäre): schützt das Selbstbestimmungsrecht und die persönlichen Eigenarten eines Menschen in seinen Beziehungen zur Umwelt, bspw. bei öffentlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Tätigkeiten.¹⁰ Die Individualsphäre genießt dabei den geringsten Schutz, da der Betroffene sich hier als Mitglied einer Sozialgemeinschaft auf Kontakt mit anderen einläßt¹¹; jedoch sind schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht (bspw. Stigmatisierung und Ausgrenzung) auch in dieser Sphäre verboten.¹²
- (2) Privatsphäre:** beschreibt einen Lebensbereich, zu dem andere nur mit Zustimmung des Betroffenen Zugang haben, wie z.B. häusliche oder familiäre Gemeinschaft.¹³ Der Betroffene kann also den Grad der „Öffentlichkeit“ selber bestimmen, dem er sich hier aussetzt. Dabei kann jedoch ein Eingriff in diese Sphäre dann gerechtfertigt sein, wenn er der wahrheitsgemäßen Aufklärung über Vorgänge aus diesem Bereich dient und nach einer Güter- und Interessenabwägung für die Allgemeinheit bedeutsam ist.¹⁴
- (3) Intimsphäre:** umfasst die innere Gedanken- und Gefühlswelt, die sich bspw. durch vertrauliche Briefe, Tagebuchaufzeichnungen, Angaben über den Gesundheitszustand oder Details aus dem Sexualleben manifestieren.¹⁵ Die Intimsphäre genießt dabei absoluten Schutz und ist einer Darstellung in der Öffentlichkeit verschlossen.¹⁶

Im vorliegenden Fall ist am KFZ des K ein GPS-Peilsender angebracht worden, um dadurch die gegenwärtige Position und die zurückgelegten Wegstrecken erkennen zu können.

OLG Koblenz:

„Hierin [Anm. der Verfasserin: in der Installation des GPS-Senders] lag nicht nur eine Verletzung des Eigentums- oder wenigstens Besitzrechts des Klägers, sondern über die Bewertung des Landgerichts hinausgehend auch ein – rechtswidriger – **Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Abs. 1**

⁶ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 85.

⁷ BGHZ 13, 334 (338).

⁸ BVerfGE 6, 32 (41) – „Elfes“.

⁹ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 87.

¹⁰ BGH NJW 2005, 592.

¹¹ BVerfGE 7, 198 (220) – „Lüth“.

¹² BGH NJW 2005, 592.

¹³ BGH NJW 2004, 762; KG NJW 2005, 2320.

¹⁴ Für die öffentliche Meinungsbildung: BGH NJW 1964, 1471 (1472).

¹⁵ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 87.

¹⁶ BGH NJW 1988, 1984 (1985).

GG; Art. 4 a Abs. 1 Satz 1 LV) als Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das im Bereich des Privatrechts als sonstiges Recht **i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB geschützt** ist. Die systematische Observation einer Person zum Zwecke einer gleichsam lückenlosen "Durchleuchtung ihrer (öffentlichen) Lebensumstände" betrifft zwar nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (BVerfG NJW 2005,1338,1340¹⁷), beeinträchtigt gleichwohl aber den Schutzbereich des Grundrechts. Dies gilt umso mehr, wenn die Maßnahme – wie hier – heimlich und unter Einsatz von technischen Hilfsmitteln erfolgt¹⁸.

Die heimliche GPS-Ortung ist nach FÖR-Ansicht ein Argument für die Kritik an der oben geschilderten Sphärentheorie: Zwar handelt es sich nur um einen Eingriff in die Sozialsphäre, wegen der heimlichen und ganztätigen Profilierung handelt es sich aber um einen schweren Eingriff. Durch die Installation des Peilsenders ist demzufolge ein von § 823 Abs.1 BGB geschütztes Rechtsgut, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG), beeinträchtigt worden.

FEX: Konkretisierungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des BVerfG

- Schutz der Privatsphäre als „**engere persönliche Lebenssphäre**“¹⁹, durch die die „Privatheit“ (z.B. Tagebuchaufzeichnungen, Geschlechtsleben) in einem durch den Rechtsgutsträger nach außen abschottbaren Bereich gewahrt wird und in dem er das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden²⁰;
- Recht zur Selbstdarstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit, konkretisiert in dem **Recht am eigenen Bild**²¹, dem **Recht am eigenen gesprochenen Wort**²² und dem **Gegendarstellungsrecht** in den Medien²³;
- Sozialer Geltungsanspruch des Einzelnen, konkretisiert durch das Recht auf Achtung der **persönlichen Ehre**²⁴ und die **Kenntnis der eigenen Abstammung**²⁵;
- **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**²⁶, wodurch u.a. der „Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten“ umfasst ist und dem Einzelnen diesbezüglich die Befugnis einräumt, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“²⁷;
- **Grundrecht auf Gewährleistung von Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**.²⁸

¹⁷ Das OLG bezieht sich hier auf das [Urteil des BVerfG v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 581/01](#) – „GPS-Observation“. Die Entscheidung wird in [CyLaw-Report II: „GPS1“](#) besprochen.

¹⁸ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 15 (zitiert nach juris).

¹⁹ BVerfGE 54, 148 (153) – „Eppler“.

²⁰ Murswiek in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 79.

²¹ BVerfGE 35, 202 (220).

²² BVerfGE 54, 148 (155).

²³ BVerfGE 63, 131 (142) – „Gegendarstellung“.

²⁴ BVerfGE 54, 208 (217) – „Heinrich Böll“.

²⁵ BVerfGE 38, 241 (250 ff.) – „Ehelichkeitsanfechtung“.

²⁶ BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – „Volkszählungsurteil“.

²⁷ BVerfGE 65, 1 (43).

²⁸ [BVerfG, Urteil v. 27.2.2008, Az.: 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07](#), 1. Leitsatz, <http://www.bverfg.de>; die Entscheidung wird in [CyLaw-Report XXII](#) besprochen.

FEX: Verhältnis vom zivilrechtlichen „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“ zum verfassungsrechtlichen „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“

Auch zivilrechtlich wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet²⁹. Weil die Verfassung Prüfungsmaß für einfache Gesetze ist (hier § 823 BGB), können verfassungsrechtliches und zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht nicht immer völlig deckungsgleich sein.³⁰ Sonst läge in den Worten W. Leisners, eine „Gesetzmäßigkeit der Verfassung und nicht eine Verfassungsmäßigkeit der Gesetze vor“. Daher kann durch den Gesetzgeber und auch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung³¹ der zivilrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch über das nach verfassungsrechtlichen Anforderungen gebotene Mindestmaß hinaus ausgeweitet werden³².

II. Rechtswidrigkeit

Die Installation des GPS-Senders und damit die Beeinträchtigung des durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des K muss rechtswidrig sein, damit eine Verletzung bejaht werden kann. Regelmäßig ist jede unmittelbare Beeinträchtigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte rechtswidrig³³. Grundsätzlich indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung und damit die Verletzung. Ausgenommen von dieser Regelmäßigkeit sind die sog. „offenen Tatbestände“, unter die auch die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als „sonstiges Recht“ fällt³⁴. Erforderlich ist dann die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch eine Güter- und Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles und besonderer Beachtung der Verhältnismäßigkeit.³⁵ Dabei ist beim Verletzten zu beachten, in welche Sphäre seines Persönlichkeitsrechts wie schwer eingegriffen wird und wie er sich im Vorfeld des schädigenden Ereignisses verhalten hat; auf Seiten des Schädigers sind im Rahmen der Abwägung Motiv und Zweck sowie Art und Weise des Eingriffs zu berücksichtigen.³⁶ Das OLG hat hierzu lediglich festgestellt:

OLG Koblenz:

„Irgendwelche rechtfertigenden Belange hat die Beklagte, die den Unterlassungsanspruch des Landgerichts hingenommen hat, nicht dargetan.“³⁷

²⁹ BGHZ 13, 334 (338).

³⁰ BVerfG NJW 2006, 3409 (3410) – „Marlene Dietrich“.

³¹ Faktisches Recht, das durch „Präjudizien“, also die Rechtsprechung der Gerichte, entsteht; siehe Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 177 u. S. 252 ff.

³² z.B. Urteil des BVerfG zu „Marlene Dietrich“ (Fn. 21), in dem die Entscheidung des BGH (BGH NJW 2000, 2195 (2197)), dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Erscheinungsformen als Recht am eigenen Bild auch dem Schutz kommerzieller Interessen an der Persönlichkeit dient, die als vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts vererblich sind, bestätigt wurde.

³³ BGH NJW 1979, 1351 (1352).

³⁴ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 25.

³⁵ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 95.

³⁶ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 96-100.

³⁷ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 15 (zitiert nach juris).

Zwar fehlt es damit sowohl dem Urteil des LG als auch dem des OLG an der für einen offenen Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit durch eine Interessenabwägung, jedoch wurden von den Parteien im Verfahren weder widerstreitenden Interessen dargelegt, noch Rechtfertigungsgründe vorgetragen.

III. Wiederholungsgefahr

Letztlich ist für die erfolgreiche Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs erforderlich, dass eine Wiederholungsgefahr in Bezug auf die konkrete Rechtsgutsverletzung vorliegt. Hierzu führt das LG aus:

LG Bad Kreuznach:

„Da bereits ein Eingriff stattgefunden hat, ist eine Wiederholungsgefahr für gleichartige Verletzungshandlungen widerlegbar vermutet.“³⁸

Um diese Vermutung zu widerlegen, müsste die B vortragen, dass

- ein erneuter Eingriff nicht mehr rechtswidrig wäre³⁹,
- ihr künftiges Verhalten eine sichere Gewähr gegen weitere Eingriffe bietet⁴⁰,
- tatsächliche Entwicklungen einen neuen Eingriff unwahrscheinlich machen⁴¹,

wobei für den jeweiligen Nachweis strenge Anforderungen gelten.

LG Bad Kreuznach:

„Das Vorbringen der Beklagten, eine Wiederholung sei nicht zu erwarten, da sie mangels Verdienstmöglichkeit kein Interesse daran habe, erneut ein GPS-Ortungsgerät am Fahrzeug des Klägers anzubringen, ist nicht geeignet, diese Vermutung zu widerlegen. Ihre rein tatsächliche Behauptung, die sich darauf stützt, dass das Auftragsverhältnis zu ihrem Auftraggeber beendet worden sei, bietet dem Kläger **keine sichere Gewähr** vor einem weiteren Eingreifen in seine Rechte. Für den Nachweis gelten strenge Anforderungen.“⁴²

Damit ist nach Ansicht des LG trotz anderslautenden Vortrags der B die Gefahr einer erneuten Rechtsgutsverletzung der B zu Lasten des K nicht ausgeschlossen, so dass **Wiederholungsgefahr** besteht. Folglich besteht ein Unterlassungsanspruch des K gegen die D und das LG hat entsprechend geurteilt:

LG Bad Kreuznach:

„Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, an Fahrzeugen des Klägers Ortungsgeräte anzubringen oder anbringen zu lassen.“⁴³

³⁸ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5.

³⁹ BGH NJW 2005, 594 (595).

⁴⁰ Sprau in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Einf. v. § 823 Rn. 20.

⁴¹ BGH NJW 1966, 647 (648).

⁴² LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5.

⁴³ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 2.

Dieser Teil des Urteilstenors hatte auch in der Berufung vor dem OLG Bestand.

FEX: Hinzuweisen ist noch darauf, dass es sich beim Unterlassungsanspruch

- wegen Eigentumsverletzung um eine unmittelbare Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB handelt,
- während der Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des Besitzes und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine analoge Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt (zur analogen Anwendung CyLaw-Report S.5).

C. Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB)

K begehrt die Verurteilung der D zur Erteilung der Auskunft über den Auftraggeber der Observationsmaßnahmen. Voraussetzung ist eine entsprechende Rechtsgrundlage, mit der K seinen Anspruch begründen kann.

I. Kein allgemeiner Auskunftsanspruch

FEX: Zwar kennt das Zivilrecht diverse spezielle Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, wie z.B.

- Auskunftspflicht des Besitzers/Inhabers eines Inbegriffs von Gegenständen, der zur Herausgabe verpflichtet ist (§ 260 BGB),
- Auskunftsanspruch der geschiedenen Ehegatten gegeneinander in Unterhaltssachen (§ 1580 BGB),
- Auskunftsanspruch von Verwandten bei Unterhaltspflicht (§ 1605 BGB),
- Auskunftspflicht des Schuldners über „alle das Verfahren betreffende Verhältnisse“ (§ 97 InsO),
- Auskunftsanspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung (§ 131 AktG),
- Auskunftspflicht der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer der GmbH (§ 51a GmbHG),
- bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Einsichtsrecht des nicht geschäftsführenden Gesellschafters in „die Geschäftsbücher und Papiere“ (§ 716 BGB),
- bei der OHG: Einsichtsrecht des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters in „die Handelsbücher und Papiere“ (§ 118 HGB),
- bei der KG: Einsichtsrecht des Kommanditisten in die „Bücher und Papiere“ (§ 166 HGB),
- beim Verein: Auskunftsanspruch über „den Stand des Geschäfts“ (§ 27 i.V.m. § 666 BGB).

Jedoch kennt das Zivilrecht keine Anspruchsgrundlage, die einen allgemeinen Anspruch auf Auskunft begründet.⁴⁴

LG Bad Kreuznach:

„Es gibt keine allgemeine Auskunftspflicht; der Umstand allein, dass jemand Kenntnis von Tatsachen hat oder haben könnte, die für einen Anderen von Bedeutung sein mögen, verpflichtet ihn nicht zur Auskunftserteilung“.⁴⁵

⁴⁴ RGZ 158, 377 (379); BGH NJW 1954, 70 (71); MK-Krüger, BGB, 5. Aufl. 2007, § 259 Rn. 6.

⁴⁵ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5.

II. Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB)

1. Auskunftsanspruch gegen D

Das LG erwägt einen Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB).

§ 242 BGB – Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

LG Bad Kreuznach:

„Jedoch ist nach der Rechtsprechung gemäß Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Auskunftsanspruch gegeben, wenn sich aus den Besonderheiten der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen ergibt, dass der **Auskunftsbegehrende in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechtes im Ungewissen ist**, während der Verpflichtete unschwer in der Lage ist, Auskunft zu erteilen.“⁴⁶

Dabei handelt es sich um einen Grundsatz, der durch ständige Rechtsprechung Bestätigung findet⁴⁷. Einer weiteren Ansicht zufolge handelt es sich dabei sogar bereits um sog. Gewohnheitsrecht.⁴⁸ Daher hat auch das OLG § 242 BGB als Anspruchsgrundlage für einen Auskunftsanspruch bestätigt:

OLG Koblenz:

„Im Rahmen einer Rechtsbeziehung kann – wovon zutreffend im Ausgangspunkt auch das Landgericht ausgeht – ausnahmsweise nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine ergänzende Auskunftspflicht entstehen, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang eines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die erforderliche Auskunft unschwer geben kann. Das Auskunftsverlangen kann sich dabei auch auf die **Vorbereitung und die Durchsetzung eines Rechts gegen einen Dritten** beziehen (sog. Drittauskunft [...]).“⁴⁹

Der auf § 242 BGB gegründete Auskunftsanspruch des K erfordert demnach einen weiteren Anspruch des Auskunft Begehrenden K gegen einen Dritten – hier den Auftraggeber der Observation, Dieser muss zumindest

- dem Grunde nach bestehen und
- nur mit Hilfe des Auskunftsanspruchs Aussicht auf Durchsetzung haben.

⁴⁶ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5.

⁴⁷ BGH NJW 2007, 1806 (1808) m.w.N.

⁴⁸ Köhler, Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW 1994, 1477 (1480); MK-Krüger, BGB, 5. Aufl. 2007, § 260 Rn. 12.

⁴⁹ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 14 (zitiert nach juris).

2. Anspruch gegen den Auftraggeber von D (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

a) Auffassung der ersten Instanz (LG)

LG Bad Kreuznach:

„Berechtigt kann das Auskunftsverlangen aber nur sein, wenn und soweit vom Bestehen des Anspruchs ausgegangen werden kann, zu dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll. Bei gesetzlichen Ansprüchen muss dargetan werden, dass der Anspruch, dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll, **dem Grunde nach besteht**; dass die Anspruchsvoraussetzungen wahrscheinlich gemacht werden, genügt grundsätzlich nicht.“⁵⁰

Erforderlich wäre also ein hinreichend substantiierter Vortrag des K zum Bestehen eines zumindest dem Grunde nach gegebenen Anspruchs gegen den Auftraggeber. In Betracht kommt hier ein möglicher Anspruch des K auf Unterlassung weiterer Überwachungsmaßnahmen **auch** gegen den Auftraggeber der Observation (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB unmittelbar (Eigentumsverletzung) und analog (Verletzung von Besitz und Recht auf informationelle Selbstbestimmung).

Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht wurde bezüglich des Vortrags des K zum Auskunftsanspruch jedoch lediglich festgestellt:

LG Bad Kreuznach:

„Im Übrigen sei die Beklagte verpflichtet, ihm ihren Auftraggeber zu benennen.“⁵¹

Das LG urteilte daher bezüglich des Auskunftsanspruchs:

LG Bad Kreuznach:

„Der vom Kläger geltend gemachte Auskunftsanspruch ist unbegründet.“⁵²

Das LG begründet seine Entscheidung damit, dass ein Anspruch des K gegen den Auftraggeber der Beklagten nicht bestehe.

LG Bad Kreuznach:

„Vorliegend hat der Kläger nur dargetan, dass die Beklagte rechtswidrig gehandelt hat. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass auch der Auftraggeber der Beklagten rechtswidrig gehandelt habe, sind nicht ersichtlich. Insoweit ist nach dem Vorbringen der Parteien zwar unstreitig, dass von einer dritten Person der Auftrag erteilt wurde. Allein die Beobachtung einer Person durch eine dritte ist aber nicht rechtswidrig. Insbesondere gelten im Verhältnis von Privatpersonen zueinander nicht die Restriktionen, wie sie etwa staatlichen Strafverfolgungsbehörden auferlegt sind. Dass der **Auftraggeber der Beklagten diese zurechenbar veranlasst** hätte, Maßnahmen zu ergreifen, die der Kläger nicht mehr hinnehmen musste, also hier insbesondere das Abrufen des GPS-Ortungsgerätes gefordert hätte, ist nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin [Anmerkung der Verfasserin: es muss heißen „der Kläger“] darauf verweist, dass im Vernehmungsprotokoll des Mitarbeiters der Beklagten ausgeführt ist: „Unsere Firma hat damals einen Überwachungsauftrag und nachdem andere Methoden erfolglos waren, haben wir uns entschlossen, ein GPS-Gerät einzubauen. Nach Rücksprache mit unserem Auftraggeber hat dann ein freier Mitarbeiter von uns

⁵⁰ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5 f.

⁵¹ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 3.

⁵² LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 5.

das Gerät eingebaut." ist dieses Passage **lediglich ein - ungenauer - Anhaltspunkt** dafür, dass der unbekannte Auftraggeber der Beklagten möglicherweise die Anbringung des Gerätes kannte oder gar gefordert hätte. In jener Aussage ist zunächst klargestellt, dass die Firma der Beklagten sich entschloss, ein GPS-Gerät einzubauen, nicht aber, dass der Entschluss von-ihrem Auftraggeber initiiert worden wäre. Auch die Worte "nach Rücksprache mit unserem Auftraggeber" lassen nicht sicher erkennen, dass dem Auftraggeber mitgeteilt worden war, dass ein GPS-Gerät eingebaut werden würde. Inhalt der Rücksprache kann beispielsweise genau so gewesen sein, dass bislang andere Methoden erfolglos gewesen seien. Es liegt nicht auf der Hand, dass eine Detektei ihren Auftraggebern ihre einzelnen Ermittlungstätigkeiten offenlegt. Damit ist **nicht nachgewiesen**, dass der **Auftraggeber selbst Rechte des Klägers beeinträchtigte und deswegen dieser einen Anspruch gegen ihn hätte, zu dessen Durchsetzung er auf die Auskunft der Beklagten angewiesen wäre.**⁵³

b) Auffassung der zweiten Instanz (OLG)

In der Berufungsverhandlung vor dem OLG wurde zum Vortrag des K in Bezug auf den Auskunftsanspruch festgestellt:

OLG Koblenz:

„Mit der Berufung verfolgt der Kläger den Auskunftsanspruch weiter. Er entnimmt der Aussage des Ehemannes der Beklagten im Ermittlungsverfahren konkrete Anhaltspunkte für einen rechtswidrigen Eingriff insbesondere in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, an dem der **unbekannte Auftraggeber als Mittäter beteiligt** gewesen sei. Im Hinblick auf den insofern fortdauernden Störungszustand bestehe ein Beseitigungs- sowie Unterlassungsanspruch, zu deren Durchsetzung er – der Kläger – zwingend auf die begehrte Auskunft angewiesen sei.“⁵⁴

FEX-Prüfungshinweis: Wenn der Auftraggeber Mittäter ist, dann müssen sämtliche Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs gegenüber ihm vorliegen. Die begründete Unterlassungsklage⁵⁵ hätte also folgende Voraussetzungen:

- einen Eingriff in ein durch §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut,
- der rechtswidrig ist (Fehlen von Rechtfertigungsgründen) und
- unmittelbar bevorsteht (drohende Gefahr als Wiederholungsgefahr)⁵⁶.

aa) Wissen des Auftraggebers von der GPS-Überwachung (Mittäterschaft)

In seinen Urteilsgründen geht das OLG von einem möglichen Anspruch des K gegen den Auftraggeber aus, da dieser als Mittäter gehandelt habe.

OLG Koblenz:

„Der Senat geht weiter – wie in der mündlichen Verhandlung bereits eingehend erörtert – davon aus, dass der unbekannte Auftraggeber als Mittäter respektive mittelbarer Handlungsstörer an der unerlaubten Handlung der Beklagten mitgewirkt hat. Der Erklärungsgehalt der Zeugenaussage des Ehemannes der Beklagten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, auf die beide Parteien sich bezogen haben, ist nach seinem Wortlaut eindeutig (**"Nach Rücksprache mit unserem Auftraggeber ... das Gerät eingebaut."**) und lässt zur Überzeugung des Senats gerade auch den Rückschluss auf das Einverständnis des Auftraggebers mit der von der Detektei vorgeschlagenen

⁵³ LG Bad Kreuznach, Urteil v. 28.07.2006, Az.: 2 O 432/05, S. 6.

⁵⁴ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 6 (zitiert nach juris).

⁵⁵ Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, Vorbem. § 253 Rn. 3.

⁵⁶ BGH NJW 2005, 594 (595) – wonach sich das Erfordernis der Wiederholungsgefahr „aus der Rechtsnatur des Unterlassungsanspruchs“ ergebe.

"Intensivierung" der Überwachungsmaßnahme zu. Die gegenteilige Beweiswürdigung des Landgerichts, das zugunsten des Auftraggebers von einer eigenmächtigen Handlungsweise der Beklagten beim Einbau des GPS-Geräts auszugehen scheint, überzeugt nicht (§ 286 ZPO).“⁵⁷

bb) Beeinträchtigung des Eigentums, Besitzes und Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Hier kann auf Teil 1, B, I., 2. verwiesen werden.

cc) Rechtswidrigkeit des Überwachungsauftrags des Auftraggebers

Beim Auftraggeber könnte es an der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung fehlen, wenn der Überwachungsauftrag auf legale Methoden beschränkt sein sollte. Die mögliche Grundlage für rechtmäßiges Handeln bei einem eingegrenzten Überwachungsauftrag, also der Datenerhebung und- speicherung für einen Dritten, ist in § 29 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) normiert.

§ 29 BDSG - Geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung

(1) Das geschäftsmäßige Erheben, Speichern oder Verändern personenbezogener Daten zum Zweck der Übermittlung, insbesondere wenn dies der Werbung, der Tätigkeit von Auskunftsteilen, dem Adresshandel oder der Markt- und Meinungsforschung dient, ist zulässig, wenn

1. kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat, oder
 2. die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung offensichtlich überwiegt.
- § 28 Abs. 1 Satz 2 ist anzuwenden. [...]

Die GPS-Ortung und Überwachung durch D ist das Erheben und Speichern von Daten im Rahmen der Tätigkeit einer Auskunftsteil (§ 3 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1 BDSG).

§ 3 Abs. 3, Abs. 4 BDSG - Weitere Begriffsbestimmungen

(3) Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen.

(4) Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im Einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren:

1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung, [...]

Voraussetzung der rechtmäßigen „Datenorganisation“ (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG) ist, dass der K (als Betroffener) kein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse hat. Es ist keine generelle Aussage möglich, wann schutzwürdige Interessen beeinträchtigt werden; vielmehr ist eine Rechtfertigung im jeweils konkreten Einzelfall erforderlich.⁵⁸ Weiter ist zu beachten, dass schon dann, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Interessen des Betroffenen einer Speicherung entgegenstehen, bereits die hierfür erforderliche Erhebung rechtswidrig ist.⁵⁹ Im vorliegenden Fall ist evident, dass K insbesondere als Schmuckhändler weder geortet noch sein Bewegungsprofil

⁵⁷ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 16 (zitiert nach juris).

⁵⁸ Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 29 Rn. 13.

⁵⁹ Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 29 Rn. 11.

von Unbekannten und potentiellen Gegnern (Auftraggeber) gespeichert werden soll. Zu vermuten ist, dass K bisweilen wertvolle Gegenstände mit sich führt und bereits ein nicht auszuschließendes Überfallrisiko begründet sein schutzwürdiges überwiegendes Interesse. So auch im Ergebnis das OLG:

OLG Koblenz:

„Tatsächliche Grundlagen für einen nur auf **"legale Methoden" eingegrenzten Überwachungsauftrag** oder wenigstens einen dementsprechend beschränkten Kenntnisstand des Auftraggebers sind indessen weder festgestellt noch überhaupt ersichtlich.“⁶⁰

dd) Wiederholungsgefahr

Diese ist gegeben:

OLG Koblenz:

„Dem Kläger kann nach alledem – auch – gegen den Auftraggeber der Beklagten ein Anspruch auf (vorbeugende) Unterlassung einer zukünftigen Beeinträchtigung durch Observationsmaßnahmen sowie gegebenenfalls ergänzend auf Beseitigung der fortdauernden Störung seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zustehen. **Es liegt auf der Hand und wird auch von der Beklagten im Kern nicht in Zweifel gezogen, dass das Interesse des Auftraggebers an der – vorzeitig aufgedeckten – Überwachung des Klägers sich noch nicht erschöpft hat.**“⁶¹

Mithin sind nach Ansicht des OLG die Voraussetzungen für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB erfüllt.

3. Angewiesenheit des K auf Auskunft der D zur Geltendmachung seines Unterlassungsanspruchs gegen Auftraggeber

OLG Koblenz:

„Der Kläger ist weiter ohne sein Verschulden über die Identität des Auftraggebers im Ungewissen. **Die strafrechtlichen Ermittlungen führten insofern zu keinem Ergebnis;** sonstige Informationsmöglichkeiten sind nicht zu erkennen und werden auch von der Beklagten nicht aufgezeigt. Die hier geforderte Auskunftserteilung ist schließlich auch für die Beklagte nicht unzumutbar. Hat die Beklagte schon ein irgend schützenswertes Geheimhaltungsinteresse nicht dargetan, **so muss eine mögliche Belastung des geschäftlichen Verhältnisses zu ihrem Auftraggeber im Blick auf das greifbar gewichtige Schutzbedürfnis des – nachvollziehbar verunsicherten – Klägers zurückstehen.**“⁶²

D. Zusammenfassung

Der K hat nach Auffassung des OLG einen Anspruch auf Unterlassung weiterer Observationen

- gegen die beklagte D und
- auch gegen deren Auftraggeber. Um den Unterlassungsanspruch gegen den Auftraggeber durchzusetzen hat K einen Auskunftsanspruch gegen D auf Benennung ihres Auftraggebers.

⁶⁰ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 16 (zitiert nach juris).

⁶¹ OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 17 (zitiert nach juris).

⁶² OLG Koblenz, Urteil v. 30.05.2007, Az.: 1 U 1235/06, Rn. 18-19 (zitiert nach juris).

Teil 2: Detektei als Verwaltungshelfer einer Ausländerbehörde

A. Sachverhalt

Die aus dem Ausland stammende, mit einem 17 Jahre jüngeren deutschen Ehemann (E) verheiratete Antragstellerin (A), sucht einstweiligen Rechtsschutz gegen die Abschiebung in ihre Heimat.⁶³ Die Ausländerbehörde ist der Auffassung, dass die A kein Bleiberecht hat, weil die Ehe mit E nur eine Scheinehe sei. Diese angesichts von Art. 6 Abs. 1 GG nur sehr qualifiziert zu belegende Behauptung, begründet die Behörde unter anderem mit Ermittlungsergebnissen einer sechswöchigen Überwachung durch eine private Detektei. Diese Detektei hatte die Behörde eingeschaltet, nachdem bei ihr Zweifel entstanden waren, ob „über das formale Band der Ehe hinaus auch eine eheliche Lebensgemeinschaft begründet worden sei.“⁶⁴ Der Auftrag an die Detektei war informationstechnologisch undifferenziert – nur der Preis für die Dienstleistung wurde vereinbart. Während der Ermittlungszeit kam es unter anderem

- zu einer neuntägigen Bewegungsüberwachung des Kraftfahrzeugs des Ehemanns mit GPS und
- zu einer achttägigen mobile Videoüberwachung des Eingangsbereichs der angeblichen Ehewohnung.

Gestützt unter anderem auf diese Ermittlungen hat die Behörde das Verwaltungsgericht (VG) im einstweiligen Rechtsschutz überzeugt, dass A und E eine Scheinehe führten.

Art. 6 Abs. 1 GG

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

FEX: Einstweiliger Rechtsschutz

Kennzeichnend für den sogenannten einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutz ist, dass regelmäßig nur eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt und dann eine Abwägung zwischen dem sofortigen Vollzugsinteresse der Behörde und dem Aufschiebungsinteresse der Betroffenen vorgenommen wird. Insbesondere die Schwere der Folgen des sofortigen Vollzugs wie auch die Erfolgsaussichten der Rechtsmittel der A werden bei der Bewertung des Aufschiebungsinteresses berücksichtigt.

⁶³ Verwaltungsrechtliches Szenario dargestellt in Anlehnung (insbesondere hinsichtlich der unterschiedlichen anhängigen und abgeschlossenen Verfahren erfolgte eine Vereinfachung) an VG Hamburg und OVG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05; OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05 (zitiert nach juris).

⁶⁴ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 4.

Den Argumenten der A, dass die Detektei und die Behörde rechtswidrig ermittelt hätten und wegen des Verstoßes gegen einfaches Recht und Verfassungsrecht ein **Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot** bestehe, ist das VG nicht gefolgt.⁶⁵

VG Hamburg:

„In tatsächlicher Hinsicht haben die so gewonnenen Erkenntnisse den Verdacht einer Scheinehe bestätigt. Das Gericht sieht sich an der Berücksichtigung dieser Erkenntnisse - entgegen der seitens der Antragssteller vertretenen Auffassung - von Rechts wegen nicht gehindert.“⁶⁶

Die A legt gegen die Entscheidung des VG vor dem Oberverwaltungsgericht Beschwerde ein. Unter anderem argumentiert sie, dass für längerfristige Observationen selbst im Strafrecht der Richtervorbehalt gelte (§ 163f Abs. 3 StPO) und es „herrschender Lehre und Rechtsprechung“ entspreche, dass die infolge einer ohne den Richter angeordnete Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse nicht (unmittelbar) verwertet werden dürfen (Beweisverwertungsverbot).⁶⁷

§ 163f Strafprozessordnung (StPO)

(1) Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** begangen worden ist, so darf eine planmäßig angelegte Beobachtung des Beschuldigten angeordnet werden, die

1. durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder

2. an mehr als zwei Tagen stattfinden

soll (längerfristige Observation).

Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre. Gegen andere Personen ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(3) **Die Maßnahme darf nur durch das Gericht**, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft oder ihrer Ermittlungspersonen tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird. § 100b Abs. 1 Satz 4 und 5, Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend.

FEX: Beweisverwertungsverbote

Die juristische Dogmatik unterscheidet zwischen **unmittelbaren** und **mittelbaren** Beweisverwertungsverboten (absolute Beweisverwertungsverbote). Unmittelbare Beweisverwertungsverbote führen dazu, dass die durch den Einsatz einer bestimmten Informationstechnologie gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen. Viel schwieriger

⁶⁵ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 7-8.

⁶⁶ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 7.

⁶⁷ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 19 (zitiert nach juris).

ist die Ermittlung der Bedeutung von mittelbaren Beweisverwertungsverböten. Das OVG (Rn. 68) verneint für diesen Sachverhalt ein absolutes Beweisverwertungsverbot:

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin im Widerspruchsverfahren nicht daran gehindert ist, die aus der rechtswidrig [en Ermittlung; Erg. der Verf.] erlangten Erkenntnisse **überhaupt wahrzunehmen und daran neue - rechtmäßige und durch die rechtswidrigen Ermittlungsergebnisse nicht unmittelbar beeinflusste - Ermittlungen** anzuknüpfen, um ggf. damit den Verdacht einer Scheinehe entscheidend zu erhärten oder deren Vorliegen zu beweisen.“⁶⁸

B. Recht und Eingriff

Evident ist, dass es sich bei der Ermittlung um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Evident ist des Weiteren, dass A und E „nur“ in ihrer Sozialsphäre betroffen sind, weil „nur“ die Autobewegungen des Wagens von E und der Außenbereich der „ehelichen“ Wohnung überwacht wurde. Zu prüfen ist deswegen die Rechtfertigung des Eingriffs durch eine Norm, die Bestandteil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 GG) ist. Darüberhinaus verlangt das im Rechtsstaatsprinzip verortete Prinzip der Normenklarheit und Normenbestimmtheit (siehe CyLaw-Report XXI S. 17), dass die Ermächtigungsgrundlage spezifisch und transparent ist.

Art 20 Abs. 3 GG

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

OVG Hamburg:

„Die von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen - bestehend aus [...] Anbringen eines GPS-Peilsenders an dem PKW des Ehemanns [...] stellen erhebliche Eingriffe in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht und das davon umfasste Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Für behördliche Eingriffe in dieses Grundrecht bedarf es einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht; ferner hat der Gesetzgeber dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.“⁶⁹

C. Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG))

Das VG hat die GPS-Observation als Augenscheinnahme durch die Ausländerbehörde gewertet (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 HmbVwVfG).

⁶⁸ Zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot tendierend W.Kluth in seiner Entscheidungsanmerkung ZAR 2007, 250.

⁶⁹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 44 (zitiert nach juris).

§ 26 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 HmbVwVfG - Beweismittel

(1) Die Behörde bedient sich unter Beachtung des § 3 b der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere

1. Auskünfte jeder Art einholen;
4. den Augenschein einnehmen.

Auch das Hessische Verwaltungsverfahrensgesetz enthält eine vergleichbare Regelung:

§ 26 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HessVwVfG):

(1) Die Behörde bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere

1. **Auskünfte jeder Art einholen,**
2. Beteiligte anhören, Zeugen und Sachverständige vernehmen oder die schriftliche oder elektronische Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen und Zeugen einholen,
3. Urkunden und Akten beiziehen,
4. **den Augenschein einnehmen.**

VG Hamburg:

„Rechtsgrundlage für das Vorgehen der Antragsgegnerin ist § 26 Abs. 1 HmbVwVfG. Danach bedient sich die Behörde der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. [...] Die Einnahme des Augenscheins als Kenntnisnahme von der äußeren Beschaffenheit eines Vorganges umfasst grundsätzlich auch die Bewertung verdeckt ermittelter Erkenntnisse.“⁷⁰

Die GPS-Überwachung des PKWs von E wie auch die Videoüberwachung des Außenbereichs der Wohnung müssten eine „Inaugenscheinnahme“ (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 HmbVwVfG, § 26 Abs. 1 Nr. 4 HessVwVfG) darstellen. Unter „Augenscheinnahme“ wird jede **unmittelbare Sinneswahrnehmung** über die Beschaffenheit von Personen und Gegenstände oder Vorgänge durch Behörden oder ihre Beauftragten verstanden.⁷¹ Der Begriff des Augenscheins ist weit zu verstehen, so dass darunter auch die Ermittlung mit Hilfe technischer Geräte gehört, die die Sinneswahrnehmung erst ermöglicht.⁷² Nach dieser Definition könnte folglich auch die Erfassung der Standorte des PKW mittels GPS-Sender und die Videoüberwachung eine Augenscheinnahme sein. Jedoch stellt die Norm keine Befugnis für die Behörde dar, in die Rechte der Bürger einzugreifen;⁷³ sie regelt vielmehr, welche Beweismittel der Behörde überhaupt zur Ermittlung von Sachverhalte zur Verfügung stehen.

⁷⁰ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 8.

⁷¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 26 Rn. 37.

⁷² Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 26 Rn. 37a.

⁷³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 26 Rn. 38.

OVG Hamburg:

„Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts lassen sich die von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen schließlich auch nicht – als „Bewertung verdeckt ermittelter Erkenntnisse“ [...] auf § 26 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 4 HmbVwVfG stützen. Selbst wenn sich etwa die Videoüberwachung unter den Begriff „Augenschein“ subsumieren lassen sollte, stellt **§ 26 HmbVwVfG jedenfalls keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung** dar. Einem Verständnis dieser Bestimmung als Eingriffsermächtigung steht bereits das rechtsstaatliche Erfordernis der Normenklarheit entgegen.“⁷⁴

Das OVG (Rn. 41) bezieht sich hier auch auf die jüngere Rechtsprechung des BVerfG, das für eine Videoüberwachung eine klare und bestimmte Ermächtigungsgrundlage forderte:

OVG Hamburg:

„Für behördliche Eingriffe in dieses Grundrecht bedarf es einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich **die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben** und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht; ferner hat der Gesetzgeber dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (st. Rspr. des BVerfG, vgl. grundlegend: Ur. v. 15.12.1983, BVerfGE Bd. 65 S. 1, 44 ff. = NJW 1984 S. 419, 422; vgl. **zuletzt zur Videoüberwachung im öffentlichen Raum: Beschl. v. 23.2.2007 – 1 BvR 2368/06 -, Juris**). Eine solche gesetzliche Grundlage ist für die hier von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen nicht gegeben.“⁷⁵

Damit scheiden § 26 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 4 HmbVwVfG als Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung der GPS-Überwachung durch die Ausländerbehörde aus.

D. Rechtfertigung als Erhebung personenbezogener Daten (§ 86 Aufenthaltsgesetz (AufenthG))

Die Ausländerbehörde könnte zu der Videoüberwachung und GPS-Überwachung als Maßnahme zur Erhebung personenbezogener Daten (§ 86 AufenthG) ermächtigt sein.

§ 86 AufenthG - Erhebung personenbezogener Daten

Die mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden dürfen zum Zweck der Ausführung dieses Gesetzes und ausländerrechtlicher Bestimmungen in anderen Gesetzen **personenbezogene Daten erheben**, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz und nach ausländerrechtlichen Bestimmungen in anderen Gesetzen erforderlich ist. Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 des Bundesdatenschutzgesetzes sowie entsprechender Vorschriften der Datenschutzgesetze der Länder dürfen erhoben werden, soweit dies im Einzelfall zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

Das OVG entnimmt dieser Norm jedoch keine Eingriffsbefugnis für die Behörde.

⁷⁴ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 50 (zitiert nach juris).

⁷⁵ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 41 (zitiert nach juris).

OVG Hamburg:

„Diese Bestimmung stellt **lediglich einen Grundtatbestand der Befugnis zur Datenerhebung** dar. Soweit nicht spezielle bereichsspezifische Regelungen einschlägig sind, gelten deshalb die Erhebungsvorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes bzw. der Datenschutzgesetze der Länder. [...] Eine **spezielle Ermächtigungsgrundlage** für die Erhebung personenbezogener Daten durch [...] den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur [...] Verwendung von **GPS-Peilsendern** (vgl. § 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO) [...] **enthält das Aufenthaltsgesetz dagegen nicht**. Demgegenüber sind im Aufenthaltsgesetz detaillierte Ermächtigungsgrundlagen für (Informations-) Eingriffe anderer Art normiert, wie etwa die Regelungen in § 49 Abs. 4 und 5 AufenthG zur Feststellung der Identität von Ausländern [...]. Auch diese Gegenüberstellung verdeutlicht, dass § 86 Abs. 1 AufenthG [Anm. der Verf.: es muss heißen: § 86 S. 1 AufenthG) keine Ermächtigungsgrundlage für die hier erfolgten Ermittlungsmaßnahmen darstellt.⁷⁶ § 86 Satz 1 AufenthG ermächtigt nicht zu den von der Antragsgegnerin veranlassten Maßnahmen.“⁷⁷

E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPoIG))

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Ausländerbehörde könnte die Datenerhebung durch Observation sein (§ 9 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 HmbDVPoIG).

§ 9 HmbDVPoIG - Datenerhebung durch Observation

(1) Die Polizei darf **personenbezogene Daten** erheben durch eine **planmäßig angelegte Beobachtung, die innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden oder über den Zeitraum einer Woche hinaus vorgesehen ist oder tatsächlich durchgeführt wird, (längerfristige Observation)**

1. über die für eine Gefahr Verantwortlichen und unter den Voraussetzungen von § 10 SOG über die dort genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,

2. über Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen **Straftaten von erheblicher Bedeutung** begehen werden, wenn die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist, sowie über deren Kontakt- oder Begleitpersonen, wenn die Aufklärung des Sachverhaltes auf andere Weise aussichtslos wäre.

Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(2) Der Einsatz nach Absatz 1 darf nur vom Polizeipräsidenten angeordnet werden. [...]

(4) Auf eine Observation, die nicht die in Absatz 1 genannten Voraussetzungen erfüllt (kurzfristige Observation), finden die Absätze 1 bis 3 keine Anwendung. Durch eine kurzfristige Observation darf die Polizei Daten nur erheben, soweit dies zum Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 1 Absatz 1) erforderlich ist und ohne diese Maßnahme die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe gefährdet wird.

(5) Die Polizei darf unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen verwenden.

§ 1 HmbDVPoIG - Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei

(1) Dieses Gesetz findet Anwendung, soweit die Vollzugspolizei (Polizei) zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) [...] Daten verarbeitet. [...]

4) Straftaten von erheblicher Bedeutung sind

1. Verbrechen,

2. Vergehen, die im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, soweit sie

a) sich gegen Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder bedeutende Sach- oder Vermögenswerte richten,

⁷⁶ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 43 (zitiert nach juris).

⁷⁷ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 42 (zitiert nach juris).

b) auf den Gebieten des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung, der Vorteilsannahme oder -gewährung, der Bestechlichkeit oder Bestechung (§§ 331 bis 335 des Strafgesetzbuches) oder des Staatsschutzes (§§ 74 a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes) begangen werden oder,
c) gewerbs-, gewohnheits-, serien-, bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden.

§ 10 SOG - Maßnahmen gegen Dritte

(1) Gegen andere als die in den §§ 8 und 9 genannten Personen dürfen Maßnahmen nur gerichtet werden, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewehrt oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht beseitigt werden kann und soweit die Verwaltungsbehörde nicht über ausreichende eigene Kräfte und Mittel verfügt. [...]

§ 95 AufenthG – Strafvorschriften

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...]

2. **unrichtige** oder unvollständige **Angaben macht** oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung oder zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. [...]

Grundsätzlich darf die Polizei nach Anordnung des Polizeipräsidenten (§ 9 Abs. 2 HmbDVPOIG) eine längerfristige Observation mit Videoüberwachung (§ 9 Abs. 1 HmbDVPOIG) und GPS-Peilung (§ 9 Abs. 5 Satz 1 HmbDVPOIG) vornehmen, wenn Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, dass A eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ begehen wird (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 HmbDVPOIG i.V.m. § 1 Abs. 4 HmbDVPOIG).

Auch das Hessische Landesrecht kennt eine vergleichbare Regelung:

§ 15 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)

Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel

(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist

1. **Observation** die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus,

2. **Einsatz technischer Mittel ihre für die betroffene Person nicht erkennbare Anwendung**, insbesondere zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes.

(2) Die Polizeibehörden können durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel personenbezogene Daten erheben

1. auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,

2. über **Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden**,

3. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist,

4. über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen.

[...]

(3) Außer bei Gefahr im Verzug erfolgt die Anordnung der Observation oder des Einsatzes technischer Mittel **durch die Behördenleitung** oder eine von dieser beauftragte Bedienstete oder einen von dieser beauftragten Bediensteten, soweit nach Abs. 5 nicht eine richterliche Anordnung erforderlich ist. Für eine Observation über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten ist die Zustimmung des Ministeriums des Innern oder einer von ihm benannten Stelle erforderlich. [...]

Das OVG prüft, ob die Polizei statt der Detektei hätte handeln dürfen und kommt zu dem Ergebnis, dass die Polizei nicht hätte handeln dürfen: Voraussetzung ist, dass

eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ begangen wird (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HmbDVPolG). Dieser Begriff ist legal definiert (§ 1 Abs. 4 HmbDVPolG). In Betracht kommt eine Strafbarkeit der A wegen unrichtiger Angaben zum Bestand der Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen, um ihren Aufenthaltstitel zu verlängern (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG).

OVG Hamburg:

„Zum anderen liegen auch die materiellen Voraussetzungen von §§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2, 10 Abs. 1 oder § 12 Abs. 1 Satz 1 HmbDVPolG nicht vor. Insbesondere würde die hier allein in Betracht zu ziehende Straftat nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG [...] **nicht als „erhebliche Straftat“** im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HmbDVPolG verstanden werden können, da sie nicht unter die diesbezügliche Legaldefinition in § 1 Abs. 4 HmbDVPolG fällt.“⁷⁸

Darüberhinaus eröffnet die Ermächtigungsgrundlage nur der Polizei – nicht aber einer Ausländerbehörde oder einer privaten Detektei – Befugnisse

OVG Hamburg:

„Diese Ermächtigungsgrundlagen sind für die von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen offenkundig nicht einschlägig. Zum einen ermächtigt dieses Gesetz allein die Vollzugspolizei, **nicht aber Ordnungsbehörden** wie das hier als Ausländerbehörde handelnde Bezirksamt [...].“⁷⁹

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Ermittlungsstrategie von Ausländerbehörde und Detektei ist nach Auffassung des OVG nicht einmal für die Polizei rechtmäßig. **Die Behörde hat sich nach dieser Ansicht mit der privaten Detektei Daten verschafft, die sie sich durch Einschaltung der Polizei nicht hätte organisieren können.** § 9 HmbDVPolG ist keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

F. Rechtfertigung durch Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG)

OVG Hamburg:

„Das Hamburgische Datenschutzgesetz (HmbDSG) [...] enthält ebenfalls keine Ermächtigungsgrundlage für die hier von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen. Die o. g., speziell für die Polizei geltenden Rechtsvorschriften im Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei gehen den Bestimmungen des Hamburgischen Datenschutzgesetzes vor (§ 2 Abs. 7 HmbDSG). **Generell dürfen aber gemäß § 12 Abs. 2 Satz 4 HmbDSG Daten bei Betroffenen ohne ihre Kenntnis - wie hier geschehen - nur erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder der Schutz von Leben oder Gesundheit oder die Abwehr einer erheblichen Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen dies erforderlich macht. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall offenkundig nicht gegeben.**“⁸⁰

⁷⁸ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 46 (zitiert nach juris).

⁷⁹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 46 (zitiert nach juris).

⁸⁰ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 48 (zitiert nach juris).

§ 2 Abs. 7 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) – Anwendungsbereich

(7) Soweit besondere Rechtsvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten anzuwenden sind (Rechtsvorschriften über den Datenschutz), gehen sie den Vorschriften dieses Gesetzes vor.

§ 12 Abs. 2 S. 4 HmbDSG – Datenerhebung

Bei Betroffenen dürfen Daten ohne ihre Kenntnis nur erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder der Schutz von Leben oder Gesundheit oder die Abwehr einer erheblichen Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen dies erforderlich macht.

G. Entbehrlichkeit der Ermächtigungsgrundlage wegen Beauftragung einer privaten Detektei

I. Private als Verwaltungshelfer und behördliche Letztentscheidungsverantwortung

Möglicherweise ist eine behördliche Eingriffsermächtigung im vorliegenden Fall doch nicht erforderlich, da nicht die Ausländerbehörde oder ihre eigenen Mitarbeiter, sondern die von ihr beauftragte private Detektei die GPS-Peilungen vorgenommen hat. Grundsätzlich darf die Behörde Private beauftragen.⁸¹ Nach Ansicht des OVG muss die Behörde aber weiter das „Heft in der Hand behalten“ (Aufgabenzuständigkeit und Aufgabenverantwortung) – sie muss also spezifiziert angeben sowie verantworten, welche Ermittlungsmaßnahmen (Informationstechnologie) getroffen werden.

VG Hamburg:

„Die Antragsgegnerin ist ferner grundsätzlich berechtigt, jedenfalls dann, wenn die **Aufgabenzuständigkeit und –verantwortung** bei ihr verbleibt, private Dritte als sog. Verwaltungshelfer, welche Dienste für die Behörde erbringen, ohne selbst Behörde zu sein, einzuschalten. Deshalb ist auch die Beauftragung einer Detektei mit konkreten Sachverhaltsermittlungen durch die Antragsgegnerin grundsätzlich nicht zu beanstanden.“⁸²

Diesem Erfordernis genügt die bloß ergebnisorientierte Beauftragung der Detektei nicht.

OVG Hamburg:

Im Übrigen darf durch den Einsatz von Verwaltungshelfern die **Letztentscheidungsverantwortung** der Behörde nicht angetastet oder faktisch ausgehöhlt werden (vgl. Stelkens/Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, a. a. O., § 1 Rdnr. 114); dies erfordert es, dass die Behörde dem Verwaltungshelfer einen hinreichend genauen Rahmen dessen vorgibt, was er konkret tun darf bzw. muss. **Selbst diesem Gebot hat die Antragsgegnerin nicht genügt, da sie laut eigenen Angaben mit der Detektei lediglich die Höhe des Honorars „für diese Dienstleistung“ erörtert, die Dauer und die Maßnahmen der Observation dagegen „in die Entscheidungskompetenz der Beauftragten gestellt“ hat⁸³ [...]**

⁸¹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 51 (zitiert nach juris).

⁸² VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 8.

⁸³ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 52 (zitiert nach juris).

II. Notwendigkeit der Ermächtigungsgrundlage bei Beauftragung Privater

Darüberhinaus fehlt es an einer Ermächtigungsgrundlage, weil die Behörde dieses Erfordernis nicht durch den Einsatz Privater umgehen kann.

OVG Hamburg:

„An dem Fehlen der erforderlichen gesetzlichen Grundlage ändert sich nicht dadurch etwas, dass das hier für die Antragsgegnerin handelnde Bezirksamt [...] die Ermittlungsmaßnahmen nicht selbst (durch behördliche Bedienstete) durchgeführt, sondern eine private Detektei mit diesen Maßnahmen beauftragt hat. [...] Es versteht sich jedoch von selbst, dass **durch den Einsatz privater Personen die gesetzlich bestimmten Grenzen der Eingriffsbefugnisse nicht zu Lasten des Bürgers erweitert werden können.**“⁸⁴

III. Zusammenfassung

Das OVG geht wegen des Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage als formell und materiell rechtmäßige Norm und Bestandteil der speziellen Schranke „verfassungsmäßige Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von der Rechtswidrigkeit der Datenorganisation aus.

OVG Hamburg:

„Die Ergebnisse der nach der Verhandlung von der Antragsgegnerin veranlassten Beobachtung der Antragstellerin und des deutschen Ehemannes durch eine private Detektei werden vom Beschwerdegericht nicht berücksichtigt, weil sie **auf rechtswidrige Weise erlangt** worden [...] sind.“⁸⁵

Die anschließend zu beantwortende Frage ist, ob aus dem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ein (unmittelbares) Beweisverwertungsverbot folgt.

H. Unmittelbares Beweisverwertungsverbot?

Die Ausländerbehörde hat die Beweise rechtswidrig erhoben (siehe oben). Jedoch sind die Fakten aus der Überwachung durch die Detektei der Ausländerbehörde bekannt und es stellt sich die Frage, ob die Ergebnisse dennoch verwertet werden können oder ob die Behörde daran durch ein Beweisverwertungsverbot gehindert ist.

⁸⁴ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 51-52 (zitiert nach juris).

⁸⁵ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 36 (zitiert nach juris).

FÖR-Hintergrund: Beweisverbote

Beweisverbote hindern an der Erhebung und/oder Verwertung von Beweisen.⁸⁶ Zu unterscheiden sind:

- Beweisthemaverbote: die Aufklärung bestimmter Tatsachen ist verwehrt;
- Beweismittelverbote: die Nutzung bestimmter Beweismittel ist untersagt;
- Beweismethodenverbote: eine bestimmte Art und Weise der Beweiserhebung ist untersagt;
- Beweisverwertungsverbote: die ermittelten Tatsachen dürfen nicht zur Urteilsfindung herangezogen werden.⁸⁷ Paradigma eines Beweisverwertungsverbots ist **§ 136 a Strafprozessordnung**: (1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. [...] (3) [...] Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, **dürfen auch dann nicht verwertet werden**, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

Hier handelt es sich um ein Beweismittelverbot. Fraglich ist, ob daraus ein unmittelbares Beweisverwertungsverbot resultiert. Dies beurteilen die beiden Instanzgerichte unterschiedlich:

I. VG: Abwägungsentscheidung

Das VG vertritt die Ansicht, auf eine rechtswidrige Beweiserhebung folge nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot. Dies wird damit begründet, dass die Rechte des betroffenen Ehemannes der A in Bezug auf die Datenerhebung über ihn durch eine Abwägungsentscheidung der widerstreitenden Interessen gewahrt würden.

VG Hamburg:

„Denn selbst wenn man das Vorgehen der Antragsgegnerin, namentlich was den Einsatz der genannten technischen Mittel betrifft, als rechtlichen bedenklich bewerten würde, würde sich hieraus **nicht zwangsläufig auch das Verbot ergeben, diese Erkenntnisse im gerichtlichen Verfahren zu verwerten**. Denn etwaige Beweisverwertungsverbote folgen nach wohl herrschender Ansicht, der jedenfalls im vorliegenden Verfahren zu folgen ist, nicht unmittelbar aus möglicherweise gegebenen Beweiserhebungsverböten. Den Anforderungen an eine rechtliche Prüfung wird auch durch eine **einzelfallbezogene Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen** Genüge getan. Dabei ist das hinter dem Ermittlungsinteresse der Behörde stehende öffentliche Interesse an der Erforschung des zutreffenden Lebenssachverhaltes wertend in Beziehung zu setzen mit dem Interesse der von den jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen Betroffenen.“⁸⁸

Danach wäre eine Abwägung erforderlich zwischen

- dem öffentlichen Interesse, hier das Ermittlungs- und Aufklärungsinteresse der Ausländerbehörde an den Fakten bezüglich der Scheinehe zur Abwehr missbräuchlicher Inanspruchnahme des Aufenthaltsrechts
- und

⁸⁶ Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einl., Rn. 50.

⁸⁷ Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einl., Rn. 52-55.

⁸⁸ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 9.

- den Interessen des Betroffenen, hier also das durch die Maßnahme betroffene allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

VG Hamburg:

„Nicht nur zur Abwehr der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Aufenthaltsrechten, sondern auch unter generalpräventiven Gesichtspunkten kommt der Aufklärung verdächtiger Lebenssachverhalte deshalb ganz erhebliche Bedeutung zu. Dies Aufklärungsinteresse überwiegende oder auch nur gleich gewichtige Belange bestehen auf Seiten der Antragstellerin und ihres Ehemannes nicht.⁸⁹ Diese Interessenabwägung geht zum Nachteil der Antragstellerin zu 1) [Anm. der Verf.: der A] aus.“⁹⁰

Das VG legt einen leichten Eingriff in die Grundrechte von A und E zugrunde und geht von einer erheblichen Bedeutung des Aufklärungsinteresses der Behörde aus. Insgesamt könnten die Erkenntnisse deswegen berücksichtigt werden.

VG Hamburg:

„Es steht freilich außer Frage, dass der Sachverhaltsermittlung auch unter Berücksichtigung des großen öffentlichen Interesses rechtliche Grenzen gesetzt sein müssen. Diese Grenzen sind vor allem in dem **Persönlichkeitsrecht** der beteiligten Personen zu sehen, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, welches in seinem **unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung** unter keinen Umständen verletzt werden darf. Doch vermag die Kammer eine derartige nicht hinnehmbare Rechtsverletzung der Antragstellerin zu 1) oder ihres Ehemannes durch die in Rede stehenden Maßnahmen nicht zu erkennen. **Das beschließende Gericht orientiert sich bei dieser Bewertung an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach durch Verwendung von Instrumenten der technischen Observierung nach Ausmaß und Intensität der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung typischerweise nicht berührt wird** (ständ. Rspr., vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v.12.04.2005⁹¹). Der vorliegende Fall bietet keine Besonderheiten, die Veranlassung gäben, von diesem Grundansatz abzuweichen. Die Antragsgegnerin hat der absolut geschützten Rechtssphäre zuzurechnende Erkenntnisse weder gewonnen noch gewinnen wollen. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, äußerlich in Erscheinung tretende Verhaltensweisen des Ehemannes der Antragstellerin und der Antragstellerin selbst feststellen zu lassen. Ihre eigentliche Intimsphäre, insbesondere die Vertraulichkeit des gesprochenen und geschriebenen Wortes, wurde nicht tangiert. Die auf die geschilderte Art gewonnenen und in dies Verfahren eingeführten Erkenntnisse wären **auch durch bloße Augenscheinseinnahme** zu erzielen gewesen. Die eingesetzten **technischen Mittel dienten vornehmlich der quantitativen Effektivierung, nicht jedoch der qualitativen Intensivierung** der Beobachtung.“⁹²

II. OVG: Unmittelbares Beweisverwertungsverbot

Das OVG prüft ein unmittelbares Beweisverwertungsverbot aus zwei Perspektiven:

⁸⁹ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 10.

⁹⁰ VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 9.

⁹¹ Das VG bezieht sich hier auf das [Urteil des BVerfG v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 581/01](#) – „GPS-Observation“. Die Entscheidung wird in [CyLaw-Report II: „GPS1“](#) besprochen.

⁹² VG Hamburg, Beschluss v. 29.11.2005, Az.: 15 E 294/05, S. 10.

1. Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (Hamburger Datenschutzgesetz)

§ 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 HmbDSG könnte nach Ansicht des OVG so zu lesen sein, dass eine weitere Datenverarbeitung – also die Beweisverwertung der Erkenntnisse - nur dann rechtmäßig ist, wenn die Daten rechtmäßig erhoben wurden.

§ 13 HmbDSG - Zulässigkeit der weiteren Datenverarbeitung; Zweckbindung

(1) Die weitere Datenverarbeitung ist zulässig, wenn sie

1. erforderlich ist zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stelle und
2. den Zwecken dient, für die die Daten erhoben wurden.

Daten, von denen die Stelle ohne Erhebung Kenntnis erlangt hat oder die bei ihr neu entstanden sind, dürfen für Zwecke verarbeitet werden, für die sie erstmals gespeichert worden sind. [...]

§ 4 Abs. 2 HmbDSG – Begriffsbestimmungen

(2) Datenverarbeitung ist das Erheben, Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren, Löschen und Nutzen personenbezogener Daten.

Im Einzelnen ist [...]

7. Nutzen jede sonstige Verwendung von Daten ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren. [...]

a) Beweisverwertung als „Verarbeitung“

Die Verwendung der durch die Detektei erhobenen Daten durch die Ausländerbehörde zur Begründung der Entscheidung über die Aufenthaltserlaubnis der A müsste eine „weitere Datenverarbeitung“ i.S.d. HmbDSG sein.

OVG Hamburg:

„Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 HmbDSG ist die weitere Datenverarbeitung – also eine auf die Erhebung der Daten folgende weitere Verarbeitung – zulässig, wenn sie erforderlich ist zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stelle (Nr. 1) und den Zwecken dient, für die die Daten erhoben wurden (Nr. 2). [...] Eine weitere Datenverarbeitung in diesem Sinne ist nach der Legaldefinition in § 4 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Nr. 7 HmbDSG auch das Nutzen, also jede sonstige Verwendung personenbezogener Daten. **Demnach dürfte es sich bei der Verwendung von Ermittlungserkenntnissen zum Zwecke des Nachweises einer Scheinehe sowie der darauf gestützten Begründung einer aufenthaltsrechtlichen Entscheidung um das „Nutzen“ und damit um eine „weitere Datenverarbeitung“ der betreffenden Daten handeln.**“⁹³

b) Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten

Den o.g. Normen ist jedoch – zumindest dem Wortlaut nach – nicht zu entnehmen, dass es sich bei den Daten um rechtmäßig erhobene handeln muss (grammatische Auslegung).

OVG Hamburg:

„Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 HmbDSG regelt allerdings nicht explizit den Fall einer weiteren Verarbeitung von Daten, die zuvor auf **rechtswidrige** Weise erhoben worden sind. Sie zielt vielmehr darauf ab, durch eine möglichst strikte Zweckbindung zu gewährleisten, dass Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Wege einer weiteren Datenverarbeitung grundsätzlich nicht unter leichteren Voraussetzungen möglich sind als bei der erstmaligen Datenerhebung.“⁹⁴

⁹³ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 55 (zitiert nach juris).

⁹⁴ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 56 (zitiert nach juris).

Das OVG bemüht zur Auslegung der Norm die Gesetzesbegründung (historische Auslegung). Dort steht:

OVG Hamburg:

„Die Vorschrift soll die verfassungsrechtlich gebotene Zweckidentität zwischen der Erhebung bzw. Verarbeitung ohne Erhebung und der weiteren Verarbeitung personenbezogener Daten sicherstellen. Der Grundsatz der Zweckbindung gilt auch für die in § 12 geregelte Erhebung, er wird durch die Ausrichtung der Erhebung an der rechtmäßigen Aufgabenerfüllung sichergestellt.“⁹⁵

Das Gericht geht deshalb davon aus, dass auch die Daten, die im Wege der „weiteren Datenverarbeitung“ genutzt werden, aufgrund des Eingriffscharakters dieser Nutzung den gleichen rechtlichen Voraussetzungen unterliegen müssen die bei einer erstmaligen Datenerhebung gelten.

OVG Hamburg:

„Dieser Gedanke könnte dafür sprechen, jedenfalls **grundsätzlich aus der Rechtswidrigkeit einer Ersterhebung von Daten auch auf die Rechtswidrigkeit (und damit Unzulässigkeit) ihrer weiteren Verarbeitung zu schließen.**“⁹⁶

Weil also § 13 Abs. 1 S. 1 HmbDSG nach der Auslegung des OVG die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung voraussetzen könnte und deshalb der Geltungsbereich nicht eröffnet ist, könnte eine Rechtfertigung der Datenorganisation fehlen.

FEX: Das Gericht argumentiert unpräzise:

„Es kommt in Betracht, dass aus dem Hamburgischen Datenschutzgesetz ein Verwertungsverbot hinsichtlich der hier rechtswidrig erlangten Erkenntnisse folgt.“⁹⁷ Nicht aus dem einfachgesetzlichen Datenschutzrecht (DSG) folgt die Rechtswidrigkeit der Verarbeitung, sondern aus dem verfassungsrechtlichen Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Der Geltungsbereich ist eröffnet, der Eingriff liegt vor und wenn der Geltungsbereich von § 13 Abs. 1 S. 1 HmbDSG nicht eröffnet ist, fehlt es an einer Rechtfertigung im Rahmen der Prüfung der speziellen Schranke „verfassungsmäßige Ordnung“.

Letztendlich lässt es das Gericht rechtsprechungspragmatisch dahinstehen, ob das Beweisverwertungsverbot bereits aus dem Fehlen einer datenschutzgesetzlichen Rechtfertigung resultiert.

2. Unmittelbares Verwertungsverbot aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts

⁹⁵ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 57 (zitiert nach juris).

⁹⁶ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 58 (zitiert nach juris).

⁹⁷ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 54 (zitiert nach juris).

a) Rechtsgrundlagen des unmittelbaren Verwertungsverbots

Das OVG entnimmt einen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Nichtverwertung rechtswidrig erworbener Kenntnisse aus unterschiedlichen Bestimmungen:

aa) Verwertungsverbot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)

Das in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass sich Behörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Recht und Gesetz halten (Rechtsbindung der vollziehenden Gewalt).

OVG Hamburg:

„Wird ein Bürger durch **rechtswidrige Ermittlungsmethoden einer Behörde** in seinen Rechten verletzt, so spricht zum einen das **Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich gegen eine (unmittelbare) Verwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse**. Ein Beweisverfahren ist dann rechtsstaatlich, wenn es in jedem Verfahrensschritt diesen Anforderungen genügt; ein Allgemeininteresse an rechtswidrigen Ermittlungen von Verwaltungsbehörden kann es jedenfalls im Regelfall nicht geben.“⁹⁸

bb) Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch

Das OVG schließt aus der Existenz der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsansprüche von A und E, dass die unmittelbare Verwertung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse gleichsam als fortgesetzte Rechtsverletzung (der Erhebung) rechtswidrig ist.

OVG Hamburg:

„Desweiteren dürfte das anerkannte Rechtsinstitut des **öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruchs** es im Grundsatz verbieten, eine Rechtsverletzung in Gestalt einer rechtswidrigen Beweiserhebung durch eine **(unmittelbare) Verwertung** dieser Ermittlungserkenntnisse zu seinen Lasten fortzusetzen.“⁹⁹

FÖR-Hintergrund: Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch (FBA)

Der FBA ist kein Schadensersatzanspruch, sondern ein **Wiederherstellungsanspruch**. Dadurch wird es dem in seinen Rechten Betroffenen ermöglicht, den ursprünglichen, vor dem rechtswidrigen Eingriff bestehenden Zustand (status quo ante) wiederherzustellen und so die Folgen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns zu beseitigen.¹⁰⁰ Voraussetzungen des FBA sind:

- ein hoheitlicher Eingriff,
- in ein subjektives Recht,
- durch den ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde und
- der gegenwärtig noch andauert.¹⁰¹

Begrenzt wird der FBA dadurch, dass die Wiederherstellung des früheren Zustandes

- tatsächlich möglich,
- rechtlich zulässig und
- für die Verwaltung zumutbar sein muss.¹⁰²

⁹⁸ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 61 (zitiert nach juris).

⁹⁹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 61 (zitiert nach juris).

¹⁰⁰ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1.

¹⁰¹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 30 Rn. 7.

Die A und E können demzufolge verlangen, dass ein Zustand hergestellt wird, der dem vor der rechtswidrigen Erhebung der Beweise entspricht. Die Ermittlungsmaßnahmen können nicht mehr ungeschehen gemacht werden – wenigstens könnten aber die Folgen der rechtswidrigen Erhebung minimiert werden in dem die Ergebnisse nicht berücksichtigt werden.

cc) Zusammenfassung

Aus Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit Folgenbeseitigungsanspruch begründet das OVG einen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, nach dem rechtswidrig erlangte Beweise grundsätzlich nicht unmittelbar verwertbar sind.

OVG Hamburg:

„Im verwahrungsverfahrensrechtlichen Schrifttum wird im Ergebnis weithin übereinstimmend angenommen, dass auf rechtswidrige Weise erlangte Erkenntnisse - sofern die Rechtswidrigkeit der Ermittlung auf einer Verletzung individueller Rechte und nicht bloß auf einem Verstoß gegen Normen beruht, die allein öffentliche (z. B. Geheimhaltungs-) Interessen schützen - grundsätzlich nicht (unmittelbar) zu Lasten des betroffenen Bürgers verwendet werden dürfen.“¹⁰³

b) Voraussetzungen des unmittelbaren Verwertungsverbots

Nach dem Obenstehenden ist Voraussetzung für ein Verwertungsverbot von rechtswidrig erlangten Kenntnissen nach den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts die Verletzung individueller Rechte, also eines sogenannten „subjektiv-öffentlichen Rechts“.

FÖR-Hintergrund: Subjektives Öffentliches Recht

Darunter versteht man die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) verlangen zu können.¹⁰⁴ Voraussetzung für ein subjektives Recht ist, dass

- eine Rechtsnorm vorliegt, die den Staat zu einem bestimmten Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) verpflichtet, und
- die Rechtsnorm – zumindest auch – dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dient (Individualinteresse).¹⁰⁵

Als entsprechendes Recht kommen auch die Grundrechte, als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, in Betracht.¹⁰⁶

Hier ist das subjektive öffentliche Recht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von A und E (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen. Diese wurden durch die GPS-Observation und Videoüberwachung durch die Detektei auf Veranlassung der Ausländerbehörde verletzt, so dass nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts **keine unmittelbare Verwertung**

¹⁰² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 30 Rn. 14.

¹⁰³ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 59-60 (zitiert nach juris).

¹⁰⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 8 Rn. 2.

¹⁰⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 8 Rn. 8 mit der Bezeichnung „subjektive öffentliche Recht

¹⁰⁶ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 8 Rn. 11.

der Erkenntnisse erfolgen darf. Von jedem Grundsatz gibt es aber mindestens eine Ausnahme – und diese prüft im Folgenden das OVG:

c) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (1): Gefahr für hochwertige Rechtsgüter

Eine Verwertung rechtswidriger Erkenntnisse soll dann rechtmäßig sein, wenn anderenfalls hochwertige Rechtsgüter gefährdet oder verletzt würden.

OVG Hamburg:

„Ausnahmen von dem Grundsatz des Verbots der (unmittelbaren) Verwertung sind demgegenüber im Einzelfall möglich, wenn das verletzte Recht des Bürgers aufgrund besonderer Umstände gegenüber einem in der betreffenden Situation anders nicht zu schützenden, gewichtigeren öffentlichen Verwertungsinteresse (insbesondere in Gestalt höherwertiger Rechtsgüter Dritter) zurücktreten muss.“¹⁰⁷

Ausnahmen werden (neben dem hier nicht gegebenen Fall einer Einwilligung des Betroffenen) für möglich gehalten, sofern eine Abwägung im Einzelfall dazu führt, dass das öffentliche Verwertungsinteresse gegenüber dem Schutzzweck der Verbotsnorm überwiegt, [...].“¹⁰⁸

Das Aufklärungsinteresse hinsichtlich von aufenthaltsrechtlich relevanten Scheinehen wird vom Gericht als nicht hochwertig genug qualifiziert, um mit dem Grundsatz des Beweisverwertungsverbots zu brechen.

OVG Hamburg:

„Die dargestellten Maßstäbe führen dazu, dass im vorliegenden Fall die aus den rechtswidrigen Ermittlungsmaßnahmen erlangten Erkenntnisse **nicht (unmittelbar) zu Lasten der Antragstellerin** verwertet werden dürfen. Es ist nicht ersichtlich, dass hier eine Ausnahme von dem Grundsatz der (unmittelbaren) Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse zu machen wäre. Zum einen handelt es sich bei den durchgeführten Maßnahmen um **gravierende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin und des deutschen Ehemanns**, [...]. Die Antragsgegnerin hat dabei nicht etwa „bloß“ eine sie im Prinzip berechtigende Befugnisnorm falsch ausgelegt oder angewendet, sondern sie hat sich **Befugnisse angemaßt**, die ihr von vornherein in keinem Fall zugestanden haben. Zum anderen stehen hier **keine derart hochwertigen Rechtsgüter** (insbesondere Dritter) auf dem Spiel, dass deren Schutz hier ausnahmsweise **die (unmittelbare) Verwertung der rechtswidrig erlangten Ermittlungsergebnisse erfordern würde**. Das Beschwerdegericht verkennt dabei nicht, dass es ein gewichtiges öffentliches Interesse darstellt, Scheinehen von Ausländern entgegen zu wirken [...]; dieses Interesse ist aber ausweislich der gesetzlich normierten Ermächtigungsgrundlagen nicht gewichtig genug, um den Ausländerbehörden Informationseingriffe der hier vorliegenden Art zu erlauben. Dann muss es jedoch grundsätzlich und auch im vorliegenden Fall dabei bleiben, dass die rechtswidrig erlangten Erkenntnisse **nicht (unmittelbar)** verwertet werden dürfen.“¹⁰⁹

¹⁰⁷ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 62 (zitiert nach juris).

¹⁰⁸ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 60 (zitiert nach juris).

¹⁰⁹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 63 (zitiert nach juris).

d) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (2): „gleichsam notwehrähnlicher Lage“

Im Zivilprozess ist eine Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot anerkannt, wenn der Beweisführer in einer „notwehrähnliche Lage“ ist.¹¹⁰

OVG Hamburg:

„Eine andere Bewertung lässt sich nicht etwa mit der Erwägung rechtfertigen, die Antragsgegnerin habe keine andere Möglichkeit gehabt, die ihrerseits angenommene Scheinehe zu beweisen [...]. Zwar ist es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa in zivil-, familien- oder arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Prinzip möglich, dass das Gericht Erkenntnisse verwertet, die sich eine Prozesspartei durch Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verschafft hat, wenn die beweisbelastete Prozesspartei sich in einer **gleichsam notwehrähnlichen Lage** befunden hat und **eine Abwägung der beteiligten Interessen ergibt, dass das Interesse an einer Verwertung dieser Beweise trotz des damit verbundenen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schutzwürdig ist**; das Interesse, sich Beweismittel zu verschaffen, reicht dafür allein allerdings nicht aus.“¹¹¹

Wenn der Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch eine Beweisverwertung für eine Partei im Zivilprozess grundsätzlich gerechtfertigt sein kann, könnte dies – unter Bezug auf den Gedanken der „Einheit der Rechtsprechung“¹¹² – auch für den Verwaltungsprozess gelten. Dies sieht das OVG jedoch anders.

OVG Hamburg:

„Aus diesen Grundsätzen ergibt sich jedoch im vorliegenden Fall **keine (unmittelbare) Verwertbarkeit** der betreffenden Erkenntnisse. Zum einen sind die Möglichkeiten einer Behörde zur Ermittlung des Sachverhalts nicht ohne weiteres vergleichbar mit denjenigen einer beweisbelasteten Privatperson: Die Behörde hat einerseits vergleichsweise umfassendere (legale) Informationsmöglichkeiten, ist andererseits aber wegen der **rechtsstaatlichen Bindung an das Gesetz** strikt gehalten, sich in dem insoweit von dem Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Rahmen zu bewegen. Kann die Behörde damit einen von ihr angestrebten Beweis nicht führen, so hat sie (als Konsequenz der gesetzlichen Bestimmungen) die damit möglicherweise verbundenen, aus ihrer Sicht nachteiligen Folgen hinzunehmen. Die bei einer im Zivilprozess beweisbelasteten Privatperson unter besonderen Umständen mögliche **„notwehrähnliche“ Situation ist somit für eine Behörde im Regelfall nicht denkbar.**“¹¹³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Ausnahme zum unmittelbaren Verwertungsverbot aus Grundsätzen des öffentlichen Rechts vorliegt. Darüberhinaus prüft das OVG aber weiter, wie die Behörde trotz des unmittelbaren Verwertungsverbots weiterverfahren könnte:

¹¹⁰ Musielak/Foerste, ZPO, 5. Auflage 2007, § 286 Rn. 7.; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 286 Rn. 7.

¹¹¹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 64 (zitiert nach juris).

¹¹² Siehe zu den formalisierten Möglichkeiten: § 132 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

¹¹³ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 64 (zitiert nach juris).

III. OVG: Verbot mittelbarer Beweisverwertung (absolutes Beweisverwertungsverbot)?

1. Mittelbare Beweisverwertung oder absolutes Beweisverwertungsverbot - Optionen

Das rechtswidrig vermehrte Wissen der Behörde kann ihr nicht mehr genommen werden. Fraglich ist, inwieweit die Behörde ihr Wissen in das weitere (Hauptsache-)Verfahren einbringen darf. Ganz grundsätzlich geht es um die Fernwirkung von unmittelbaren Beweisverwertungsverböten. Das deutsche Strafrecht entscheidet sich – anders als etwa das us-amerikanische Recht – für die Rechtmäßigkeit mittelbarer Beweisverwertung.

FEX: Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten im Strafverfahrens- und prozessrecht

Nach der Rechtsprechung stellt sich die Frage der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren unter Berücksichtigung der jeweils konkreten Sachlage und der Art des Verbots, da eine allgemeine Grenze, ab der ein Verwertungsverbot vorliegen würde, nicht existiere.¹¹⁴ Die Befürworter einer Fernwirkung, die sich für ein absolutes Beweisverwertungsverbot aussprechen, stützen sich auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und rechtsethische Prinzipien¹¹⁵, sowie auf die aus den USA stammende sog. „**fruit of the poisonous tree-doctrine**“.¹¹⁶ Dieses absolute Verwertungsverbot soll jedoch nach der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts in erster Linie der Kontrolle der polizeilichen Ermittlungstätigkeit dienen und die Polizeibehörden bei ihren Strategien zur Beweisbeschaffung disziplinieren.¹¹⁷

Grundsätzlich bestehen für das Verwaltungsrecht zwei Optionen:

- entweder man erlaubt neue Ermittlungen, die aufgrund der Spuren der rechtswidrigen Beweiserhebungen erfolgen (sogenannte **mittelbare Beweisverwertung**)

OVG Hamburg:

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin im Widerspruchsverfahren **nicht** daran **gehindert** ist, die aus der **rechtswidrig erlangten Erkenntnisse überhaupt wahrzunehmen und daran neue** - rechtmäßige und durch die rechtswidrigen Ermittlungsergebnisse nicht unmittelbar beeinflusste - **Ermittlungen anzuknüpfen**, um ggf. damit den Verdacht einer Scheinehe entscheidend zu erhärten oder deren Vorliegen zu beweisen.“¹¹⁸

- oder man entscheidet sich für ein absolutes Beweisverwertungsverbot.
Jedenfalls soweit der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, soll nach der Rechtsprechung des BVerfG auch ein absolutes Verwertungsverbot bestehen (vergleiche CyLaw-Report XVI, S. 18).

¹¹⁴ BGH NJW 1978, 1390.

¹¹⁵ Nachweise in BGH NJW 1980, 1700.

¹¹⁶ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einl., Rn. 57.

¹¹⁷ so bereits Herrmann, Neuere Entwicklungen in der amerikanischen Strafrechtspflege, JZ 1985, 602 (608).

¹¹⁸ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 68 (zitiert nach juris).

OVG Hamburg:

„Ein **absolutes Verwertungsverbot** besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings dann, wenn die betreffenden Informationen durch die **Verletzung des unantastbaren Kernbereichs der privaten Lebensführung** erlangt worden sind (vgl. BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 zum sog. Großen Lauschangriff¹¹⁹). Um solche Fälle handelt es sich bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der hier erfolgten Art durch längerfristige Observation einer Person im öffentlichen Raum jedoch **typischerweise nicht** (vgl. BVerfG, Urt. v. 12.4.2005, zur Observation unter Einsatz von GPS-Peilsendern¹²⁰).¹²¹

Weil es sich bei dieser Video- und GPS-Surveillance nicht um einen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich handelt, bleibt die grundsätzliche Frage des Rechts auf mittelbare Beweisverwertung im Verwaltungsrecht offen:

OVG Hamburg:

„Das Beschwerdegericht lässt es allerdings **offen**, ob es den Verwaltungsbehörden **stets erlaubt ist, rechtswidrig erlangte Erkenntnisse als Anknüpfungspunkt für neue, dasselbe Thema betreffende Ermittlungen zu nutzen**, und ein absolutes, nicht einmal deren Verwendung als sog. Spurenansätze erlaubendes Verwertungsverbot somit generell nicht besteht.“¹²²

2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht

Das OVG hatte zu prüfen, ob die Grundsätze der Rechtmäßigkeit mittelbarer Beweisführung aus dem Strafrecht auch im Verwaltungsrecht Geltung beanspruchen sollen. Die Entscheidung verlangt eine differenzierte Einzelfallabwägung:

OVG Hamburg:

„Soweit im Strafverfahrensrecht die mittelbare Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel in der Regel angenommen wird, **lassen sich die dem zugrunde liegenden Erwägungen auf den Bereich des Verwaltungsrechts nicht ohne weiteres übertragen**. [...] Da die möglichst umfassende Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und insbesondere die Aufklärung schwerer Straftaten zu den wesentlichen Aufträgen eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens gehören, und Verfahrensfehler, die ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel bewirken, nicht dazu führen sollen, dass das gesamte Strafverfahren „lahm gelegt“ wird, werden dem Umfang eines Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren Grenzen gesetzt, die dort einer Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten entgegenstehen. **Vergleichbar gewichtige öffentliche Interessen liegen demgegenüber im Bereich des Verwaltungsrechts jedenfalls nicht immer vor**.“¹²³

¹¹⁹ Das OVG beruft sich hier auf das [Urteil des BVerfG vom 3.3.2004, Az.: 1 BvR 2378/98](#) – „Akustische Wohnraumüberwachung“. Die Entscheidung wird in [CyLaw-Report XVI: "Akustische Wohnraumüberwachung"](#) besprochen.

¹²⁰ Das OVG bezieht sich hier auf das [Urteil des BVerfG v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 581/01](#) – „GPS-Observation“. Die Entscheidung wird in [CyLaw-Report II: „GPS1“](#) besprochen.

¹²¹ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 71 (zitiert nach juris).

¹²² OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 69 (zitiert nach juris).

¹²³ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 69 (zitiert nach juris).

Voraussetzung für eine mittelbare Beweisverwertung im Verwaltungsverfahren ist die Gefährdung öffentlicher Interessen von erheblichem Gewicht, die nach Ansicht des OVG bei der Aufklärung der Scheinehe vorliegen.

OVG Hamburg:

„Auch im Bereich des Verwaltungsrechts werden nach der Auffassung des Beschwerdesenats Erkenntnisse aus rechtswidrig erhobenen Beweisen aber zumindest dann als Anknüpfungspunkt für weitere Ermittlungen zu demselben Thema genutzt werden dürfen, wenn **öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht** betroffen sind, die sich mit dem staatlichen Strafanspruch vergleichen lassen. **Ein solcher Fall dürfte hier vorliegen.** Das öffentliche Interesse daran, aufenthaltsrechtlich motivierte Scheinehen von Ausländern aufzudecken und daraus ggf. aufenthaltsrechtliche und strafrechtliche (vgl. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) Konsequenzen zu ziehen, hat erhebliches Gewicht; dies gilt auch unter dem generalpräventiven Gesichtspunkt, dass andere von dem Eingehen solcher Scheinehen abgehalten werden sollen. **Dieses öffentliche Interesse rechtfertigt zwar (aus den dargestellten Gründen) einerseits nicht die unmittelbare Verwertung der hier rechtswidrig erlangten Erkenntnisse, es steht aber andererseits der Annahme eines absoluten, auch mittelbaren Verwertungsverbots entgegen.**¹²⁴

Demnach können hier die rechtswidrig erlangten Beweise zumindest einer mittelbaren Beweisverwertung zugeführt werden, so dass sie als Ansatzpunkte für weitere Ermittlungen dienen können.

Teil 3: Schlussfolgerungen:

1. Mehrtägige GPS- wie Videosurveillance gehören zumindest dem ersten Anschein nach zum Standardrepertoire bestimmter Anbieter auf dem Detekteimarkt.
2. Jedenfalls in den Entscheidungen des Teils 1 und 2 werden diese jüngeren und relativ preisgünstigen Informationstechnologien rechtswidrig eingesetzt.
3. Hervorzuheben bei Teil 2 ist, dass hier eine Behörde eine private Detektei beauftragt hatte, die Ermittlungsmaßnahmen vornahm, die nicht einmal durch die Polizei hätten getroffen werden dürfen.
4. Offensichtlich bestand bei der Behörde kein Bewusstsein für die Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahmen der Detektei – andernfalls hätte sie die rechtswidrig erhobenen Erkenntnisse nicht zur Begründung ihrer Entscheidung verwandt.
5. Wenn die Kriterien in Teil 2 verallgemeinerungsfähig wären, dann muss ein Hoheitsträger bei der Beauftragung einer privaten Detektei selbst die Qualität der Informationstechnik, die eingesetzt werden darf, spezifizieren und (rechtlich) prüfen.
6. In Teil 2 führt die Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu einem unmittelbaren Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der so organisierten Daten.

¹²⁴ OVG Hamburg, Beschluss v. 31.03.2007, Az.: 3 Bs 396/05, Rn. 70 (zitiert nach juris).

Teil 4: Ausblick

Die Frage, inwieweit Detekteien GPS-Surveillance einsetzen dürfen, wird die Rechtsprechung weiter beschäftigen. Jedenfalls bei der Feststellung, ob eine nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht, hat das OLG Oldenburg entschieden: eine punktuelle persönliche Überwachung sei weniger eingreifend und genauso geeignet. Deswegen wurde die Erstattung der Kosten für den GPS-Einsatz einer Detektei abgelehnt.¹²⁵

¹²⁵ ITRB 2008, 223 f und CR 2008, 561.